

University of Groningen

Het filmauteurscontractenrecht belicht

Ancery, Alain

Published in:
Maandblad voor Vermogensrecht

DOI:
[10.5553/MvV/157457672015013004002](https://doi.org/10.5553/MvV/157457672015013004002)

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2015

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Ancery, A. (2015). Het filmauteurscontractenrecht belicht: De overdracht bij voorbaat en art. 45d Aw. *Maandblad voor Vermogensrecht*, 2015(4), 106-113.
<https://doi.org/10.5553/MvV/157457672015013004002>

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Het filmauteurscontractenrecht belicht

De overdracht bij voorbaat en art. 45d Aw

*Mr. A. G. F. Ancery**

1 Inleiding

Het produceren van een filmwerk, zoals een speelfilm of dramaserie, kost tijd en financiële middelen. Er zijn veel personen bij betrokken die ieder in meer of mindere mate een aandeel hebben in het eindresultaat: scenaristen, regisseurs, acteurs, componisten, enzovoort. Een groot deel van deze personen kwalificeert als maker in de zin van de Auteurswet (Aw) of als uitvoerend kunstenaar in de zin van de Wet op de naburige rechten (WNR).¹ In die hoedanigheid hebben zij een auteursrechtelijke respectievelijk nabuurrechtelijke aanspraak op de exploitant die het filmwerk primair of secundair openbaart (vergelijk art. 25 jo. art. 45a-45g Aw en de schakelbepaling in art. 4 jo. art. 2 WNR).² Dit stelt hen in staat een vergoeding te bedingen voor de (verdere) openbaarmaking, bij gebreke waarvan zij een verbodsactie kunnen instellen en de openbaarmaking van het filmwerk kunnen blokkeren.

Om te voorkomen dat een exploitant met veel individuele makers moet onderhandelen over een vergoeding voor de openbaarmaking van het werk, bepaalt art. 45d Aw dat de individuele maker van een filmwerk in de zin van art. 45a Aw wordt geacht aan de producent het recht te hebben overgedragen om van het tijdstip waarop het filmwerk vertoningsgereed is, het filmwerk te exploiteren. De exploitatierechten van de afzonderlijke makers worden geconcentreerd bij de producent, *tenzij de makers en de producent schriftelijk anders overeengekomen zijn*.³ De individuele maker heeft wel recht op een billijke vergoeding van de producent voor 'iedere vorm van exploitatie

van het filmwerk'. In de praktijk wordt dit in één keer afgekocht via het aan de individuele maker toekomende honorarium. Dit wordt wel aangeduid als een *buy-out*.⁴ Een individuele maker verkeert echter in een zwakkere onderhandelingspositie, gelet op de schaarste op de Nederlandse filmmarkt.⁵

Er zijn organisaties die collectief de belangen van groepen makers behartigen, zogenoemde collectieve beheersorganisaties (hierna: cbo's). In het contract waarbij de maker zich aansluit bij de cbo (aansluitingscontract) laat de cbo vaak de rechten die een individuele maker al heeft of zal verkrijgen aan zich overdragen – in het laatste geval kan het enkel een levering bij voorbaat betreffen (vergelijk art. 3:97 lid 1 BW jo. art. 2 Aw en art. 9 WNR (en daarbij: art. 3:83 lid 3 jo. art. 3:1 jo. art. 3:6 BW)), waarna de cbo zich als onderhandelingspartij van de producent presenteert.

Hoe verhoudt die praktijk van de overdracht bij voorbaat zich tot art. 45d Aw? De discussie speelt zich af binnen de context van het auteurscontractenrecht (par. 2). De constructies die in de praktijk worden bedacht om de werking van art. 45d Aw te omzeilen, dienen een zo hoog mogelijke billijke vergoeding (par. 3). Of deze constructies standhouden, gelet op art. 45d Aw, en zo nee, op welke wijze dan tot een vergelijkbaar resultaat zou kunnen worden gekomen, wordt besproken in het licht van het betrekkelijk recente arrest van de Hoge Raad in de zaak *Norma/NL Kabel*. Hierbij zal ook worden ingegaan op de procedure tussen Lira en enkele kabels, waarin inmiddels een uitspraak door de Rechtbank Amsterdam is gedaan (par. 4).⁶

* Mr. A.G.F. Ancery is als gerechtsauditeur verbonden aan de Hoge Raad der Nederlanden en als universitair docent aan de vakgroep Privaatrecht en Notarieel Recht van de Rijksuniversiteit Groningen. De bijdrage is op persoonlijke titel geschreven.

1. Waar in het navolgende wordt verwezen naar maker wordt bedoeld op zowel de auteursrechthebbende als de rechthebbende op grond van het naburige recht, tenzij anders aangegeven. Het betreft dan de natuurlijke maker, omdat de bescherming van het auteurscontractenrecht niet uitstrekt tot fictieve (niet-natuurlijke) makers.
2. Tenzij expliciet anders aangegeven, houdt in het navolgende een verwijzing naar het auteursrecht ook een verwijzing naar het naburige recht in.
3. Van dit vermoeden van overdracht zijn blijkens hetzelfde artikel uitgesloten: 'degene die ten behoeve van het filmwerk de muziek gemaakt heeft en degene die de bij de muziek behorende tekst gemaakt heeft'. Soms is een producent tevens exploitant, maar dat hoeft niet steeds het geval te zijn.

4. Vgl. A. Zeegers, *We zijn er bijna, maar nog niet helemaal*, AMI 2013, afl. 2, p. 73; F. Botman & W. Seligmann, *De vergoeding van de zelfstandig auteur binnen de Nederlandse film- en televisiewereld*, AMI 2003, afl. 4, p. 129; V. Henneman, *Wat verdient een acteur?*, AMI 2003, afl. 4, p. 130.

5. 'Filmmakers die zich hard maken voor het behoud van (een deel van) hun rechten of de billijke vergoeding waarop zij recht hebben, lopen het risico de opdracht te verliezen en zetten hun relatie met de opdrachtgever – en daarmee hun carrièrekansen – op het spel' (Zeegers 2013, p. 74).

6. HR 24 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:735, RvdW 2014/520 (*Norma/NL Kabel*).

2 Auteurscontractenrecht

2.1 *Auteurscontractenrecht anno 2015*

Het thans nog geldende auteurscontractenrecht stamt in grote lijnen uit 1912 en is nadien niet op zeer wezenlijke punten gewijzigd.⁷ Voor wat betreft filmwerken is het contractenrecht geregeld in art. 45a e.v. Aw. Het doel van het filmauteurscontractenrecht is om tot een werkbare regeling te komen voor wat betreft de exploitatie van het filmwerk.⁸ Om dat te bewerkstelligen worden de exploitatierechten zo veel mogelijk geconcentreerd bij de producent van de film via het vermoeden van overdracht van art. 45d Aw. In ruil voor de overdracht van de exploitatierechten krijgen de individuele makers een recht op een billijke vergoeding, in te roepen jegens de producent.

Om onder het filmauteurscontractenrecht te vallen dient het werk aangemerkt te kunnen worden als filmwerk in de zin van art. 45a lid 1 Aw. Daar kunnen bijvoorbeeld onder worden geschaard: een film, een serie, een commercial, maar ook veel computerspelletjes.⁹ Om te bepalen wie maker is van een werk en dus een vergoedingsaanspraak heeft, dient art. 45a lid 2 Aw te worden geraadpleegd. Het zijn die natuurlijke personen die tot het ontstaan van een filmwerk een daartoe bestemde bijdrage van scheppend karakter hebben geleverd.¹⁰ De uitvoerend kunstenaars, zoals acteurs, hebben ook een vergoedingsaanspraak krachtens art. 45a e.v. Aw, nu art. 4 WNR deze bepalingen van overeenkomstige toepassing verklaart op de uitvoering van een uitvoerend kunstenaar die bestemd is als bijdrage voor de totstandkoming van een filmwerk als bedoeld

in de zin van art. 45a Aw.¹¹ Het gaat dus om bijdragen die speciaal bedoeld zijn voor het gemaakte filmwerk.

Art. 45d Aw bevat een vermoeden van overdracht van rechten van individuele makers aan de producent om vanaf het tijdstip waarop het filmwerk vertoningsgereed is in de zin van art. 45c Aw tot exploitatie over te gaan. Het is bijvoorbeeld in geval van faillissement van de producent nog relevant wanneer deze rechten dan precies in het vermogen vallen van de verkrijgende producent. Is dat het tijdstip waarop het werk vertoningsgereed is, of ontstaat er door de keuze van de producent en de individuele maker om niet af te wijken bij schriftelijke overeenkomst al een recht onder opschortende voorwaarde van voltooiing van het filmwerk?¹² Wat wordt overgedragen, is het recht om het filmwerk te openbaren vanaf het tijdstip waarop de film vertoningsgereed is, maar art. 45d Aw bepaalt niet dat het recht ook op dat tijdstip overgaat. Vanaf het tijdstip waarop de film vertoningsgereed is, geldt het filmwerk echter pas als voltooid en is het ook daadwerkelijk te exploiteren. De individuele auteursrechten en naburige rechten ontstaan echter al eerder.¹³ Als moet worden geoordeeld dat reeds door het enkele niet-uitsluiten van het wettelijk vermoeden van art. 45d Aw bij de opdrachtverlening aan een individuele maker door de producent rechten overgaan van de individuele maker op de producent via het wettelijk vermoeden, betreft dat dus reeds bestaande rechten die nog niet geëxploiteerd kunnen worden, gelet op art. 45d jo. art. 45c Aw, maar gaat het niet om toekomstige rechten die slechts bij voorbaat kunnen worden geleverd en niet al bij voorbaat worden overgedragen.¹⁴ Of met het genoemde stilzwijgen in de overeenkomst tussen de producent en de individuele rechthebbende al wordt bewerkstelligd dat de (exploitatie)rechten onder opschortende voorwaarde van voltooiing op de producent overgaan op het tijdstip waarop het filmwerk vertoningsgereed is (art. 45d jo. art. 45c Aw jo. art. 4 WNR), wordt besproken in paragraaf 4.

Het filmauteurscontractenrecht dient niet alleen een werkbare exploitatie van het filmwerk, maar beschermt ook de zwakkere individuele maker tegen de sterkere producent en exploitant. Het zorgen voor voldoende werk, en dus voor een toereikend inkomen, is dermate ingewikkeld dat veel individuele makers geregeld accepteren dat hun rechten via individuele contracten worden uitgehold. De billijke vergoeding wordt niet zelden in één keer afgekocht via het honorarium. Dat afkopen geschiedt dan niet enkel voor de reeds bestaande exploitatievormen, maar ook voor toekomstige nog niet bestaande exploitatievormen.¹⁵ De hoogte van het honorarium voor een individuele maker is afhankelijk van de filmbeegroting, marktpositie en marktwaaarde van de individuele maker. Makers die een bijdrage hebben geleverd aan succesvolle series zoals *Flodder* zullen dan, ongeacht het aantal herha-

7. De toegevoegde waarde van auteursrelevante sectoren in economische termen is aanzienlijk. In 2008 werd deze begroot op € 30,5 miljard (NV II, Kamerstukken II 2012/13, 33308, 6, p. 2). Over het belang van auteursrechtelijk kapitaal (kort): Th. Piketty, *Kapitaal in de 21ste eeuw*, Amsterdam: De Bezige Bij 2014, p. 65.
8. Zeegers 2013, p. 74; M.R. de Zwaan, *Het rechtengevecht: over het gebrekkig functionerende filmauteurscontractenrecht*, AMI 2011, afl. 5, p. 172.
9. Het voert te ver om in deze bijdrage uitgebreid in te gaan op de samenloop tussen het filmauteurscontractenrecht en het regime dat van toepassing is op software (art. 45h-45n Aw), maar een samenloop tussen beide is onvermijdelijk, met name op het punt van het vermoeden van overdracht (vgl. art. 45d t.o.v. art. 45h Aw en De Zwaan 2011, p. 172). Zie over het regime dat op software van toepassing is: E.D.C. Neppelenbroek, *Softwarebetrekkingsen*. De auteur, de verkrijger en hun vermogensrechtelijke positie jegens derden (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013.
10. Vgl. art. 40 Aw, waar enkele makers (niet-limitatief) worden opgesomd. Art. 7-8 Aw zijn overigens niet uitgezonderd. In gevallen waarin een maker een bijdrage levert aan een filmwerk op basis van een arbeidsovereenkomst wordt de werkgever geacht maker te zijn. Dit betreft dan een fictieve maker. Kritisch hierover: Henneman 2003, p. 132. Art. 8 Aw kent een uitzondering voor rechtspersonen. Fictieve makers worden geacht in voldoende mate in staat te zijn een vergoeding te bedingen en vallen dan ook niet onder de beschermende bepalingen van art. 45a e.v. Aw.
11. Via art. 7a WNR heeft ook een producent van een reeds bestaand filmwerk een naburig recht. Hij kan dus op grond van zijn naburig recht een vergoeding bedingen, maar niet via art. 45a e.v. Aw jo. art. 4 WNR, aangezien zijn filmwerk niet bestemd is voor het nieuwe filmwerk waarin het wordt gebruikt.

12. Verkade, in: T&C Intellectuele eigendom 2013, art. 45d Aw, aant. 1b.

13. Vgl. Ch. Gielen e.a. (red.), *Kort begrip van het intellectuele eigendomsrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 425-426 en 539.

14. Vgl. Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012/20 (p. 12) en 308 (p. 249).

15. De Zwaan 2011, p. 173-174; Henneman 2003, p. 130.

lingen, geen aanspraak kunnen maken op aanvullende vergoedingen.¹⁶ Daarnaast omvat het honorarium ook veel van de te verrichten werkzaamheden die niet op de draaidagen plaatsvinden, maar daarvoor of daarna, en waarvoor de individuele maker dus geen afzonderlijke/aanvullende vergoeding krijgt. Er zijn evenwel uitzonderingen. Absolute sterren binnen de Nederlandse filmwereld zijn in staat om een aandeel in de exploitatiewinst en een vergoeding per herhaling te bedingen.¹⁷ Het feit dat het bedingen van een goede regeling voor een enkeling wel mogelijk is, leidt ertoe dat er door sommigen wordt betoogd dat de overheid niet zou moeten ingrijpen in deze marktwerking.¹⁸ Goede acteurs vergaren een voldoende inkomen, slechte acteurs moeten zich beraden op een andere carrière.

2.2 Naar een nieuw auteurscontractenrecht

Oude exploitatiemethoden van filmwerken (bijvoorbeeld verhuur, verkoop van dvd's en de vertoning in bioscopen) worden meer en meer ingehaald door *on demand*-exploitatiemethoden (bijvoorbeeld Netflix). Deze technologische sneltrein in combinatie met een verouderd auteurscontractenrecht, een niet-werkend systeem van bundeling van exploitatierechten en het dikwijls uitblijven van een als billijk aan te merken vergoeding maakte dat de wetgever medio 2011 is gekomen met een wetsvoorstel ter modernisering van het auteurscontractenrecht, dat in februari 2015 is aanvaard in de Tweede Kamer.¹⁹ Met de aanpassing van het auteurscontractenrecht moet de positie van auteurs en uitvoerend kunstenaars ten opzichte van de exploitanten worden versterkt.²⁰

Het auteurscontractenrecht is alleen van toepassing op primaire exploitatieovereenkomsten (overeenkomsten tussen de rechthebbende en de exploitant), niet op overeenkomsten die de primaire exploitant sluit met exploitanten die zich verderop in de keten bevinden (zoals een bibliotheek die dvd's uitleent). Deze laatste kunnen echter onder omstandigheden wel worden aangesproken door de makers, nu het auteurscontractenrecht deels derdenwerking heeft (vergelijk art. 45d lid 3 en 25d lid 2 Aw (ontwerp)).²¹ Bovendien zijn deze secundaire exploitanten wel rechten verschuldigd aan cbo's (waarover meer in par. 4). De auteursrechthebbenden kunnen op twee manieren de exploitant de mogelijkheid verschaffen het werk te exploiteren. In de eerste plaats kan dat via de overdracht van auteursrechten met goederenrechtelijke werking. Daarnaast voorziet het wetsvoorstel ook in een regeling voor de economische overdracht van het auteursrecht via exclusieve licenties met verbintenisrechtelijke werking (art. 25b lid 2 Aw (ontwerp)).²² Het verschaffen van de exclusieve licentie zal, net als in het geval van de overdracht van het auteursrecht, via een daartoe strekkende akte moeten geschieden (art. 2 lid 3 Aw (ontwerp)), dit ter bescherming van de natuurlijke maker die ook bij een exclusieve licentie niet meer zelf de rechten kan aanwenden.²³ Voor wat betreft natuurlijke makers gaan ook hier alleen de rechten over die in de akte zijn vermeld of die uit de aard of strekking van de titel van de licentieverlening voortvloeien. In geval van onduidelijkheden wordt de akte in het voordeel van de natuurlijke (individuele) maker uitgelegd.²⁴

Het vermoeden van overdracht van art. 45d Aw is blijven bestaan, maar in de vergoeding waarop auteursrechthebbenden aanspraak kunnen maken, is wel een wijziging doorgevoerd. De makers krijgen wederom een recht op een billijke vergoeding, waarvan geen afstand kan worden gedaan, al zal een billijke vergoeding soms ook nihil kunnen zijn.²⁵ Een aanvullende billijke vergoeding is overigens vereist voor exploitatiewijzen die ten tijde van de overdracht of licentieverlening nog niet bekend waren (art. 25c lid 6 Aw (ontwerp)), al kan de (economische) overdracht ook betrekking hebben op die

16. Deelname aan een heel succesvolle serie die geregeld wordt herhaald, is niet altijd in het belang van de acteur, omdat het publiek hem op enig moment gaat vereenzelvigen met de door hem gespeelde rol, wat het verkrijgen van een rol in een nieuw filmwerk bemoeilijkt (vgl. Henneman 2003, p. 131).

17. Henneman 2003, p. 130-131.

18. Dit punt wordt aangestipt door Lenselink, overigens zonder dat hij dat punt onderschrijft (vgl. B.J. Lenselink, Komt er een wettelijke regeling voor auteurscontracten?, *Contracteren* 2011, afl. 1, p. 13). Overigens wordt in het wetsvoorstel voorkomen dat het auteurscontractenrecht wordt ontlopen via een rechtskeuze. Art. 25h lid 1 Aw (ontwerp) bepaalt dat, ongeacht het recht dat van toepassing is op de overeenkomst, het Nederlandse auteurscontractenrecht van toepassing is indien de overeenkomst bij gebreke van een rechtskeuze *zou worden* beheerst door Nederlands recht, of de exploitatiehandelingen geheel of in overwegende mate in Nederland plaatsvinden of dienen plaats te vinden (vgl. Kamerstukken II 2011/12, 33308, 2, p. 4). Frequin, die zelfs spreekt van 'inkomenspolitiek', ziet dit probleem met de zwakke auteursrechthebbende in mindere mate. Zo staat het een auteur bijvoorbeeld vrij om een volgend werk bij een andere exploitant onder te brengen. In zekere zin lijkt hij juist de exploitant als zwakkere partij te zien (M. Frequin, *Praktijk niet gediend met voorstellen auteurscontractenrecht*, AMI 2005, afl. 1, p. 12-13 en 15).

19. Kamerstukken II 2011/12, 33308, 2-3 (wetsvoorstel en MvT). Het punt wordt al aangestipt door Lenselink 2011, p. 13-14, die terecht de vraag stelt of een overdracht van exploitatierechten ook ziet op exploitatierechten die nog niet te voorzien waren. Art. 2 lid 2 Aw bepaalt immers dat een overdracht alleen die bevoegdheden omvat die in de akte zijn vermeld of uit de aard of strekking van de titel noodzakelijk voortvloeien. Voorstander van een restrictieve uitleg van art. 2 lid 2 Aw: Frequin 2005, p. 12. Uitgebreider hierover: par. 4 van deze bijdrage.

20. MvT op de Wet auteurscontractenrecht, Kamerstukken II 2011/12, 33308, 3, p. 1.

21. De Raad van State ziet wel moeilijkheden op het punt wie dient te worden aangesproken, omdat het moment van sublicensering niet altijd duidelijk vast te stellen is (Advies RvS, Kamerstukken II 2011/12, 33308, 4, p. 10).

22. Tot de mogelijkheden behoort eveneens het verschaffen van gebruikslicenties die niet via een akte hoeven te worden verleend. Dergelijke licenties vallen buiten het bestek van deze bijdrage.

23. Art. 9 WNR wordt aldus aangepast dat een akte niet langer nodig is voor het verschaffen van gebruikslicenties, terwijl dat thans nog wel is vereist. De sanctie op het niet-naleven van dit vormvereiste is in tegenstelling tot de hoofdregel van art. 3:39 BW geen nietigheid, maar vernietigbaarheid, aangezien het aktevereiste de bescherming van een van de partijen dient (art. 3:40 lid 2 BW).

24. MvT op de Wet auteurscontractenrecht, Kamerstukken II 2011/12, 33308, 3, p. 2 en 10.

25. MvT op de Wet auteurscontractenrecht, Kamerstukken II 2011/12, 33308, 3, p. 13. De NV II noemt als omstandigheden die kunnen worden meegewogen bij de beoordeling of een vergoeding billijk is: aard/omvang van de exploitatiebevoegdheid, de marktverhoudingen en eventuele exploitatierisico's, en wat in de branche gebruikelijk is (Kamerstukken II 2012/13, 33308, 6, p. 6 en 17).

exploitatiewijzen, mits dit expliciet in de akte is bepaald.²⁶ Let wel, het gaat hier niet om een overdracht van toekomstige auteursrechten, maar om de overdracht van rechten op toekomstige exploitatiewijzen voor het reeds bestaande auteursrecht.

Een aantal makers – de hoofdregisseur, de scenarist (via art. 45d lid 2 Aw (ontwerp)) en de hoofdrolacteurs (via art. 45d lid 2 Aw (ontwerp) jo. art. 4 WNR) – kan daarnaast aanspraak maken op een proportionele billijke vergoeding, bestaande uit een proportionele vergoeding voor de exploitatie, waarvan geen afstand kan worden gedaan.²⁷ Overigens heeft een maker geen aanspraak op die proportionele vergoeding als hij zijn rechten heeft overgedragen aan een cbo, omdat de rechthebbende in dat geval niet meer een natuurlijk persoon is.²⁸ Hij zal dan de vergoeding krijgen die hem wordt toegerekend in het repartitiereglement van de cbo.²⁹ Een hiermee vergelijkbare bepaling is opgenomen in art. 25d Aw (ontwerp), zodat ook niet-filmmakers aanspraak kunnen maken op een vergoeding die (enigszins) evenredig is met de opbrengst van het werk (een zogenoemde bestsellerbepaling). Het afrekenen wordt voor de exploitant vergemakkelijkt. De cbo's dienen samen te komen tot een *one stop shop*, waar de exploitant alle rechten in één keer kan voldoen.

Met de nota van wijziging van 11 juli 2014 wordt de positie van cbo's overigens verstevigd in art. 45d lid 3 Aw (ontwerp). De proportionele vergoeding van art. 45d lid 2 Aw (ontwerp) kan alleen worden geïnd door cbo's. Dit stelt exploitanten in staat om gemakkelijk in één keer af te rekenen voor de individuele makers die aanspraak kunnen maken op een proportionele vergoeding.³⁰ Cbo's beschikken over de onderhandelingspositie om voor individuele makers een betere, billijke(re) vergoeding met de producent uit te onderhandelen, al verlopen ook de onderhandelingen tussen cbo's en producenten moeizaam.³¹

Cbo's hebben zich thans al een positie verworven in het huidige auteurscontractenrecht, al dan niet met wisselend succes,

terwijl hun wettelijke positie tot dit wetsvoorstel beperkt was gebleven tot het innen van heffingen, zoals de thuiskopieheffing en het binnenhalen van vergoedingen voor secundaire openbaarmakingen.³²

3 Constructies ter omzeiling van art. 45d Aw

Om de onderhandelingspositie van de individuele makers wat te verstevigen, treedt er ook nu al niet zelden een cbo namens hen op. In het aansluitingscontract dat de maker sluit met de cbo staat dan een bepaling waarin de individuele maker zijn auteursrechten op reeds bestaande bijdragen aan werken en nog te verrichten bijdragen overdraagt aan de cbo.³³ Art. 2 Aw lijkt dit mogelijk te maken. In dat geval is het aansluitingscontract de akte waarmee het auteursrecht aan de cbo wordt geleverd.³⁴ Voor toekomstige auteursrechten kan dan uiteraard geen overdracht bij voorbaat plaatsvinden, maar enkel een levering bij voorbaat via art. 3:97 lid 1 van het Burgerlijk Wetboek (BW) jo. art. 2 Aw en art. 9 WNR. Op het moment van het ontstaan van het recht – het moment waarop de maker beschikkingsbevoegd wordt – is de overdracht aan de cbo voltooid.

Een dergelijke praktijk wordt niet met enthousiasme begroet door de producent, wiens belang vooral is gericht op de exploitatie van het filmwerk, waarbij de bundeling van exploitatierechten in zijn handen die taak vergemakkelijkt.³⁵ Bij het binnenhalen van financiering voor een te maken filmwerk is de positie van de producent ook sterker als hij kan aangeven dat alle exploitatierechten van de individuele makers bij hem berusten. Als deze versnipperd zijn over verschillende, elkaar soms tegenwerkende cbo's zou de bereidwilligheid van (externe) financiers kunnen afnemen, omdat gedane investeringen wellicht niet kunnen worden terugverdiend en zij niet reeds op voorhand zouden kunnen beschikken over de exploitatierechten op (een deel van) het filmwerk.³⁶

Producenten die zich geconfronteerd zien met een cbo die onder verwijzing naar het aansluitingscontract betoogt dat zij beschikt over de auteursrechten van individuele makers, en het dus niet langer mogelijk is om via een *buy-out* (voorlopig) in één keer van individuele makers af te zijn, vergen soms van de individuele maker dat hij zijn reeds aan de cbo overgedragen

26. MvT op de Wet auteurscontractenrecht, Kamerstukken II 2011/12, 33308, 3, p. 3 en 5.

27. MvT op de Wet auteurscontractenrecht, Kamerstukken II 2011/12, 33308, 3, p. 6.

28. Overigens is niet uitgesloten dat de beschermende bepalingen reflexwerking hebben, bijv. voor makers die opereren in een BV (vgl. NV II, Kamerstukken II 2012/13, 33308, 6, p. 3 en NV II, Kamerstukken II 2013/14, 33308, 9, p. 5).

29. Door de Stichting Thuiskopie en de Stichting Leenrecht goedgekeurde reglementen van cbo's waarin de door de cbo gehanteerde verdeelsleutel is vastgelegd.

30. NvW, Kamerstukken II 2013/14, 33308, 10, p. 4. C.P.A. Holierhoek, Auteurscontractenrecht: evenwicht hersteld?, AMI 2013, afl. 1, p. 19. Hij pleit overigens ook voor een verbodsrecht voor de cbo, in lijn met hetgeen geldt voor de kabeldoorgifte (vgl. par. 4 hierna). Met een dergelijk systeem zouden buy-outs niet langer nodig zijn (Holierhoek 2013, p. 20).

31. Zeegers wijst er bijvoorbeeld op dat auteursrechthebbenden niet zelf tot een rendabel verdienmodel kunnen komen en dat rendabele verdienmodellen met distributie van webcontent meestal worden geïnitieerd door exploitanten (Zeegers 2013, p. 73).

32. De Zwaan 2011, p. 171, 175 en 177.

33. De maker wordt ten opzichte van de cbo overigens beschermd via de Wet toezicht cbo's (Wet van 7 maart 2013 tot wijziging van de Wet van 6 maart 2003, houdende bepalingen met betrekking tot het toezicht op collectieve beheersorganisaties voor auteurs- en naburige rechten, Stb. 2013, 97).

34. Het aktevereiste geldt overigens thans nog niet voor licentieverlening, die niet aan enig vormvereiste is gebonden.

35. Vgl. De Zwaan 2011, p. 174.

36. De Zwaan 2011, p. 174-175; P. Lindhout, De billijke vergoeding bij filmwerken: twee modellen voor een oplossing, AMI 2012, afl. 5, p. 186-187 en 190-191.

auteursrecht nogmaals overdraagt aan de producent,³⁷ soms dat hij het aansluitingscontract met de cbo opzegt, en soms wordt van de individuele maker zelfs geveerd dat hij de producent vrijwaart voor claims van cbo's.³⁸ Dergelijke producenten zien de cbo niet als gesprekspartner voor wat betreft de primaire exploitatie van het filmwerk. Er zijn ook producenten die de cbo wel als gesprekspartner beschouwen, maar de aan de cbo overgedragen auteursrechten slechts beschouwen als een overdracht van de aanspraak op een billijke vergoeding van de individuele maker jegens de producent.³⁹ Of een cbo inderdaad is toegerust om onderhandelingen te voeren over een concrete billijke vergoeding valt te bezien. In tegenstelling tot de producent die via onderhandelingen snel zal willen beschikken over de exploitatierechten tegen een (ook voor hem) billijke vergoeding, berust het wezen van een cbo vooral op het op duurzame wijze beschikken over verkregen rechten die via licenties exploiteerbaar worden gemaakt.⁴⁰

Door producenten en exploitanten is daarom wel gepleit voor een *cessio legis*, waarmee de rechten van individuele makers automatisch zouden overgaan op de producent en de individuele maker geen verbodsactie meer zou kunnen instellen, maar enkel aanspraak kan maken op een billijke vergoeding. Een maker lijkt het liefst zo veel mogelijk rechten onder te brengen bij cbo's om zijn onderhandelingspositie te versterken.⁴¹ Een enkeling heeft wel verzocht om art. 45d Aw desnoods maar ongemoeid te laten.⁴² De praktijk van de levering bij voorbaat van rechten aan cbo's leidt tot de nodige problemen in de praktijk. Hoe verhoudt die levering bij voorbaat zich tot art. 45d Aw?

37. Het betreft dan een levering bij voorbaat van een toekomstig auteursrecht ex art. 3:97 lid 1 BW jo. art. 2 Aw en art. 9 WNR. Voor een dubbele levering bij voorbaat bepaalt art. 3:97 lid 2 BW dat de tweede levering niet werkt tegenover degene die als eerste bij voorbaat geleverd heeft gekregen. De *nemo plus*-regel biedt hier geen soelaas omdat zowel de eerste als de tweede levering geschiedde door een beschikkingsonbevoegde, bij gebreke van het bestaan van het auteursrecht in het vermogen van de individuele maker (vgl. Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012/315 (p. 255)).

38. Zeegers 2013, p. 74. Een door De Zwaan 2011, p. 177, alsmede voetnoot 30 op die pagina, gerapporteerd geval waarin het tot een vorm van een *gentleman's agreement* leidde, was het geval waarin scenaristen door NPO werden verzocht om hun reeds aan de cbo Lira overgedragen rechten nogmaals over te dragen aan NPO. Via een overeenkomst werd uiteindelijk afgesproken dat NPO niet meer een dubbele overdracht van de scenaristen zou verlangen en Lira het de scenaristen gunde om de exploitatiebevoegdheden (die nog niet door Lira werden uitgeoefend) aan NPO te verlenen. Op die wijze beschikte Lira effectief over de verbodsrechten.

39. De Zwaan 2011, p. 174.

40. De Zwaan 2011, p. 175. Daarnaast ziet Frequin een probleem bij het collectief innen van vergoedingen (door cbo's), voor zover deze vergoedingen forfaitair worden vastgesteld. Freelancers die zichzelf weten te verzekeren van een goed inkomen zouden het draagvlak voor een dergelijke collectieve inning kunnen ontnemen en het opstellen van modelcontracten kunnen frustreren (Frequin 2005, p. 15). Bovendien is er veel kritiek op cbo's omdat niet altijd duidelijk is hoe de binnengekomen gelden worden besteed. Zie hierover bijv. H.F.R. van Heemstra, Wet toezicht en geschillenbeslechting collectieve beheersorganisaties auteurs- en naburige rechten, AMI 2013, afl. 4, p. 121-129.

41. Vgl. MvT op de Wet auteurscontractenrecht, Kamerstukken II 2011/12, 33308, 3, p. 24.

42. H. Cohen Jehoram, Komend auteurscontractenrecht, IER 2008/74.

4 Norma/NL Kabel c.s. en Lira/UPC c.s.

In het kader van het wetsvoorstel auteurscontractenrecht heeft de staatssecretaris het volgende naar voren gebracht: 'Het vermoeden van overdracht aan de producent blijft bestaan. De maker behoudt daardoor de mogelijkheid zijn rechten over te dragen aan een collectieve beheersorganisatie.'⁴³ Art. 45d Aw lijkt niet zonder meer in die richting te dwingen.⁴⁴ Weliswaar heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie in de zaak Luksan/Van der Let⁴⁵ geoordeeld dat het hanteren van een vermoeden van overdracht van toekomstige auteursrechten niet in strijd is met de toepasselijke Europese richtlijnen,⁴⁶ mits dat vermoeden weerlegbaar is, maar die uitspraak zegt niets over het systeem waarin de rechten reeds bij voorbaat worden geleverd aan een cbo en er dus niet in een schriftelijke overeenkomst met de producent wordt afgeweken van het vermoeden van art. 45d Aw. Die vraag is in twee recente zaken wel duidelijk aan de orde gesteld.

4.1 Norma/NL Kabel

Deze zaak hangt rechtstreeks samen met de kabeldoorgiftevergoeding, op grond waarvan makers van een filmwerk recht hebben op een *collectief* te gelde te maken vergoeding voor een *secundaire* openbaarmaking (vergelijk art. 26a Aw en art. 14a WNR).⁴⁷ Acteurs kwam deze vergoeding niet toe, omdat zij hun naburige rechten verloren als gevolg van het vermoeden van overdracht in de zin van art. 45d Aw. Norma, een cbo die de belangen van acteurs behartigt, startte een procedure en vorderde de kabeldoorgiftevergoeding voor acteurs. Inmiddels echter werd het signaal door de omroepen niet meer uitgezonden via de ether of een satelliet, maar werd de uitzending klaargezet in een zogenaamde uitzendstraat (de Media Gateway), waar de kabels het programma kunnen ophalen. Dat heeft geen invloed op de vergoedingsplicht van de kabels, maar wel op de vraag of er sprake is van een *primaire* openbaarmaking of een *secundaire* openbaarmaking. Als de kabels het signaal zelf ophalen, is er namelijk geen sprake meer van een daaraan voorafgaande openbaarmaking, ofwel van heruitzending, en is de openbaarmaking door de kabels dan

43. MvT op de Wet auteurscontractenrecht, Kamerstukken II 2011/12, 33308, 3, p. 3. Zie ook NV II, Kamerstukken II 2012/13, 33308, 6, p. 27.

44. Terecht ook opgemerkt door Holierhoek (2013, p. 19), die spreekt van 'een stelling die door sommigen (...) overigens met het vermoeden van overdracht uit artikel 45d lid 1 Aw in de hand ernstig werd bestreden'.

45. HvJ EU 9 februari 2012, C-277/10, ECLI:NL:XX:2012:BV6223, NJ 2013/196 m.nt. P.B. Hugenholtz.

46. Richtlijn 93/83/EEG van de Raad van 27 september 1993 tot coördinatie van bepaalde voorschriften betreffende het auteursrecht en naburige rechten op het gebied van de satellietomroep en de doorgifte via de kabel; Richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij; Richtlijn 2006/115/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde naburige rechten op het gebied van intellectuele eigendom; Richtlijn 2006/116/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende de beschermingstermijn van het auteursrecht en van bepaalde naburige rechten.

47. Vgl. de eerdergenoemde Richtlijn 93/83/EEG; HR 30 oktober 1981, NJ 1982/435 m.nt. vNH (CAI Amstelveen I) en HR 25 mei 1984, NJ 1984/697 m.nt. vNH (CAI Amstelveen II).

ook de *primaire* openbaarmaking. In dat geval is de regeling van Richtlijn 93/98/EEG, die in geval van secundaire openbaarmaking inning van de rechten door een cbo voorschrijft, niet van toepassing.⁴⁸

Nadat Norma de procedure voor de Rechtbank Den Haag⁴⁹ had verloren op dit punt, vroeg zij haar leden om voor wat betreft de *primaire* openbaarmaking hun rechten voor bestaande en toekomstige uitvoeringen aan haar over te dragen. Bij het hof strandden Norma's vorderingen weer, zowel ten aanzien van de kabeldoorgiftevergoeding als ten aanzien van de vergoeding op grond van een *primaire* openbaarmaking. Het hof overweegt dat voor de overdracht van bestaande en toekomstige naburige rechten het over te dragen goed met voldoende bepaaldheid moet zijn omschreven (art. 3:84 lid 2 BW). Om te bepalen of hiervan sprake is, dient te worden bezien of de leveringsakte zodanige gegevens bevat dat, eventueel achteraf, aan de hand daarvan is vast te stellen om welk goed het gaat.⁵⁰ Daarbij dienen alle omstandigheden van het geval te worden betrokken en is het enkele feit dat voor het vaststellen om welk goed het gaat door anderen bijgehouden lijsten moeten worden geraadpleegd niet zonder meer problematisch in het licht van de bepaalbaarheidseis.⁵¹ Deze bepaalbaarheidscriteria zijn gelijkelijk van toepassing op de overdracht van auteursrechten.⁵² In het geval van Norma ging het mis op dit punt. Het probleem van naburige rechten (en ook auteursrechten) is dat ze van rechtswege ontstaan bij het maken/uitvoeren van een werk⁵³ en het achteraf gezien vrijwel ondoenlijk is om vast te stellen welke werken door een uitvoerend kunstenaar zijn uitgevoerd.⁵⁴ Dat betekent niet dat een dergelijke overdracht steeds onmogelijk is. Zo lijkt het hof in r.o. 5.7 te suggereren dat een overdracht van alle rechten op bestaande en toekomstige werken voldoende bepaald zou kunnen zijn als deze wordt beperkt tot de werken waarvan opnamen, reproducties en/of uitzendingen zijn gemaakt.⁵⁵

Hoewel het arrest van het hof in cassatie geen stand houdt, komt de Hoge Raad niet toe aan een beoordeling van de leve-

ring bij voorbaat en de bepaalbaarheid van de (toekomstige) naburige rechten.⁵⁶ De advocaat-generaal (hierna: A-G) roert de levering bij voorbaat en de verhouding van die levering tot art. 45d Aw wel aan:

‘(...) Artikel 45d Aw behelst niet een (bewijs-)vermoeden maar behelst – als hoofdregel – een materiële rechtsregel, die de in het artikel genoemde rechten *van rechtswege* op de producent doet overgaan, zodat een leveringshandeling niet aan de orde is. Door de overgang van rechtswege is een “overdracht onder opschortende voorwaarde” niet aan de orde, zo min als palavers over het moment van overdracht. Voor de maker / uitvoerende kunstenaar die niet gebruik gemaakt heeft van de mogelijkheden om met de producent schriftelijk anders overeen te komen, is er van beschikingsbevoegdheid geen sprake meer, en kan (bij levering bij voorbaat van rechten op toekomstige uitvoeringen in het algemeen aan Norma) het “nemo plus”-beginsel door Norma juist *niet* tegen de producent, en door de producent juist *wél* tegen Norma ingeroepen worden.”⁵⁷

De overdracht van rechten op toekomstige uitvoeringen stuitte echter ook naar het oordeel van de A-G af op het gegeven dat de rechten in de akte van levering onvoldoende bepaald waren.⁵⁸

4.2 Lira/UPC c.s.

In een vergelijkbare casus tussen Lira, een cbo die de belangen behartigt van tekstdrivers, en enkele kabels speelt het probleem wederom.⁵⁹ De rechtbank heeft in die zaak gekozen voor een andere oplossing dan de oplossing van de A-G in de zaak Norma/NL Kabel c.s. Het op art. 45d Aw gestoelde verweer wordt verworpen, omdat de rechter oordeelt dat de overdracht ex art. 45d Aw pas plaatsvindt op het moment dat het werk vertoningsgereed is in de zin van art. 45c Aw, terwijl het auteursrecht al ontstaat op het moment dat de auteur zijn bijdrage aan het werk levert.⁶⁰ De rechtbank wijst ter ondersteuning van dit oordeel naar twee passages uit de Handelingen in de Tweede Kamer respectievelijk de Eerste Kamer⁶¹ en sluit als volgt af:

‘Uit hetgeen hiervoor (...) is overwogen volgt, dat artikel 45d Aw niet in de weg staat aan de door Lira ingeroepen overdracht bij voorbaat van het recht op openbaarmaking. De auteur is ten tijde van de overdracht aan Lira beschikingsbevoegd. Immers, het auteursrecht ontstaat op het

48. Vgl. D.J.G. Visser, De kabeldoorgiftevergoeding is dood; leve de kabeldoorgiftevergoeding!, AMI 2014, afl. 3, p. 82.

49. Rb. Den Haag 28 januari 2009, IER 2009/28, p. 124 m.nt. J.M.B. Seignette.

50. HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT6947, r.o. 4.6.2, NJ 2012/261 m.nt. F.M.J. Verstijlen (Dix q.q./ING).

51. HR 4 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6165, r.o. 3.6, NJ 2005/326 (Thomassen/Vos); HR 20 september 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7842, r.o. 3.5-3.6, NJ 2004/182 m.nt. W.M. Kleijn (Mulder q.q./Rabo).

52. HR 20 september 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE3381, r.o. 5.2.2, NJ 2002/610 m.nt. C.E. du Perron (ING/Muller q.q.). Voor zover het de levering van rechten op toekomstige werken betreft, geldt geen strengere criterium. Vgl. conclusie van 20 september 2013 van A-G Verkade, ECLI:NL:PHR:2013:1093, sub 5.40.4. Over de bepaalbaarheid: Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012/312 (p. 251) en 318-319 (p. 256-258) en Parl. Gesch. Boek 3 NBW, p. 402.

53. Gielen e.a. 2011, p. 425 e.v. en 539.

54. Hof Den Haag 10 april 2004, ECLI:NL:GHSGR:2012:BW1078, r.o. 5.6, IER 2012/38 m.nt. AMEV (NORMA/NL Kabel).

55. Hof Den Haag 10 april 2004, ECLI:NL:GHSGR:2012:BW1078, r.o. 5.7, IER 2012/38 m.nt. AMEV (NORMA/NL Kabel).

56. HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:735, RvdW 2014/520 (NORMA/NL Kabel c.s.).

57. Conclusie van 20 september 2013 van A-G Verkade, ECLI:NL:PHR:2013:1093, sub 6.7.7.

58. Conclusie van 20 september 2013 van A-G Verkade, ECLI:NL:PHR:2013:1093, sub 5.42.8.1 e.v.

59. Rb. Amsterdam 27 augustus 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:5397, r.o. 2.1-2.3 (Lira/UPC c.s.).

60. Rb. Amsterdam 27 augustus 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:5397, r.o. 4.7.6-4.7.10 (Lira/UPC c.s.).

61. Handelingen II 1982/83, 16740, 7, p. 18 en Handelingen I 1984/85, 16739, 122a, p. 2.

moment dat het werk van de auteur is voltooid, op welk moment het auteursrecht aan Lira wordt overgedragen, terwijl de rechten van de producent pas ontstaan op het moment dat het filmwerk door de producent vertoningsgereed is bevonden.⁶²

Ook het bepaaldheidsverweer van UPC c.s. wordt verworpen. In het aansluitingscontract is voldoende duidelijk gemaakt welke rechten op toekomstige werken worden overgedragen, terwijl het begrip 'werk' in de voorwaarden bij het aansluitingscontract is gedefinieerd. Daarnaast bevat het aansluitingscontract een verplichting voor de auteur om in een zo vroeg mogelijk stadium en uiterlijk op het moment van voltooiing van het werk (lees: het werk van de individuele maker) aan Lira melding te maken van het werk.⁶³

4.3 Art. 45d Aw versus de levering bij voorbaat van rechten op toekomstige werken

Zowel voor de oplossing van A-G Verkade als voor de oplossing van de Rechtbank Amsterdam valt wel iets te zeggen. In beide gevallen wordt terecht aanvaard dat het stelsel van de levering bij voorbaat van rechten op toekomstige werken een zelfstandig bestaansrecht heeft naast art. 45d Aw. Waar de A-G een botsing tussen beide regelingen vermijdt door te aanvaarden dat de rechthebbende in de overeenkomst met de producent door niet schriftelijk af te wijken van het vermoeden van art. 45d Aw zijn beschikkingsbevoegdheid met betrekking tot het auteursrecht beperkt, voor zover de verkrijger de rechten zou willen invoeren jegens de producent, leunt het oordeel van de rechtbank in sterke mate op hetgeen de ministers in de jaren tachtig bij een wetsbehandeling in de Kamers naar voren hebben gebracht.

Uiteindelijk, zo merkt A-G Verkade terecht op, komt het aan op een keuze tussen twee vertrekpunten. Er wordt gekozen om te vertrekken vanuit het perspectief van ofwel de producent, waarmee wordt aanvaard dat een individuele maker inboet op zijn beschikkingsbevoegdheid als hij niet afwijkt van het vermoeden van art. 45d Aw in het contract dat hij aangaat met de producent, ofwel de cbo's.⁶⁴ Dan kan de redenering van de rechtbank worden gevolgd en ontstaat het auteurs- of naburige recht van de individuele maker voordat het vermoeden van overdracht tot stand komt, en kan, mits aan de eis van bepaaldheid is voldaan, een voltooide overdracht van het recht tot stand komen voordat het aan de producent toekomt. Ook dan zou het niet-afwijken bij contract weliswaar het vermoeden van art. 45d Aw activeren, maar dat recht kan de producent dan niet invoeren jegens de cbo.

Ik zou menen dat bij een keuze tussen deze opties vooral de gedachte achter het auteurscontractenrecht voor ogen gehouden moet worden. Het exploiteren van een filmwerk moet zo eenvoudig mogelijk worden gemaakt en dat kan als de exploitatierechten zich zo veel mogelijk in één hand concentreren. De door de rechtbank gevolgde koers leidt ertoe dat de producent alsnog met allemaal verschillende cbo's moet gaan onderhandelen om de exploitatierechten voor de film te verkrijgen. Een perspectief dat weinig wenkend is, omdat het de exploitatie van filmwerken kan bemoeilijken en daarmee een onwenselijk effect zou kunnen hebben op de financiering van de Nederlandse film.⁶⁵ De wijze waarop de rechtbank tot dat oordeel komt, is naar mijn mening ook niet dermate overtuigend dat de oplossing navolging verdient. De rechtbank verwijst naar de volgende twee opmerkingen van de ministers in de parlementaire geschiedenis:

'Onjuist is de stelling dat de producent toch op ieder moment delen van het filmwerk openbaar kan maken of bepaalde versies kan publiceren. Dat kan hij volgens deze regeling alleen als hij dat contractueel overeengekomen is; indien niets anders overeengekomen is, heeft hij de bedoelde rechten van openbaarmaking krachtens art. 45d pas vanaf het tijdstip van voltooiing.⁶⁶

(...) In de periode vóór het tijdstip van voltooiing van het filmwerk heeft de producent niets anders over te dragen dan zijn contracten met de door hem geëngageerde makers. Voorzover deze al hun bijdrage tot stand gebracht hadden, hebben zij het auteursrecht daarop. Pas op het tijdstip van de voltooiing van het filmwerk ontstaan de in artikel 45d opgesomde exploitatierechten voor de producent. Contracts-overdracht nu door een partij aan een derde is alleen mogelijk met medewerking van de wederpartij. Zonder instemming van de makers zal de producent die dus niet kunnen bereiken.⁶⁷

In beide passages kan echter ook een overdracht onder opschortende voorwaarde worden gelezen. Het betreft in beide gevallen namelijk het moment waarop de film kan worden vertoond. Dat de producent dit nog niet kan doen totdat het werk daadwerkelijk vertoningsgereed is, is volkomen begrijpelijk. Geen enkele individuele maker heeft belang bij de vertoning van een halfbakken product. Het (nog) niet mogen vertonen van de film wil echter niet zeggen dat de rechten niet al bij de producent zouden kunnen berusten. Art. 45d Aw verzet zich daar (taalkundig) ook niet tegen. Een andere opvatting zou ertoe leiden dat de producent zelf bepaalt wanneer hij de rechten verkrijgt, namelijk op het moment dat hij de film vertoningsgereed acht. De verwijzing door de ministers naar het blijven bestaan van het auteursrecht van de maker is in die zin misleidend, omdat dat auteursrecht in beide opvattingen zon-

62. Rb. Amsterdam 27 augustus 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:5397, r.o. 4.7.10 (Lira/UPC c.s.).

63. Rb. Amsterdam 27 augustus 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:5397, r.o. 4.8.1 (Lira/UPC c.s.). Vgl. hierover D.J.G. Visser & P.J. Kreijer, Billijke vergoeding video-on-demand verplicht collectief, AMI 2015, afl. 1, p. 9-10.

64. Conclusie van 20 september 2013 van A-G Verkade, ECLI:NL:PHR:2013:1093, sub 6.8.7.

65. Vgl. conclusie van 20 september 2013 van A-G Verkade, ECLI:NL:PHR:2013:1093, sub 6.8.10.

66. Handelingen II 1982/83, 16740, 7, p. 18.

67. Handelingen I 1984/85, 16739, 122a, p. 2.

der meer blijft bestaan. Een individuele maker is ook na het intreden van de overdracht ex art. 45d Aw auteursrechtgebende is, zij het dat het gaat om een auteursrecht waaruit het exploitatie-element is weggenomen. Dat komt exclusief aan de producent toe.

5 Conclusie

Met het aanvaarden van het wetsvoorstel auteurscontractenrecht in de Tweede Kamer (de Eerste Kamer moet het nog gaan behandelen) neemt het belang van de hiervoor beschreven strijd tussen cbo's en producenten af. Het vermoeden van overdracht van art. 45d Aw blijft weliswaar gehandhaafd, maar de positie van de cbo in het onderhandelingsproces over een proportionele vergoeding wordt wettelijk verankerd. Met de aansluitingscontracten die nu nog worden gehanteerd, hebben cbo's zich contractueel weten te verzekeren van een positie binnen het filmauteurscontractenrecht, al is het de vraag of die contractuele route bestand is tegen de werking van art. 45d Aw. Op het moment dat in het kader van de levering bij voorbaat de rechten op toekomstige werken in de leveringsakte wel voldoende bepaalbaar zijn, zou deze vraag naar de verhouding tussen die praktijk en art. 45d Aw tot een definitief oordeel van de Hoge Raad kunnen leiden. Dat zou zomaar het geval kunnen zijn in de zaak Lira/UPC c.s.